CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ..... / ..... / .....
Data: .....

Prin contestaţia nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare cu nr. ...../....., depusă de ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., având CUI RO ..... și înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului nr. ....., în calitate de lider al asocierii ..... SRL – ..... SRL, privind procedura simplificată – într-o singură etapă, online, organizată de ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect Modernizarea rețelei de drumuri de interes local în ....., județul ....., cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), contestatoarea a solicitat anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 7523/02.11..... și a punctului de vedere nr. 7591/09.11....., obligarea autorității contractante la continuarea procedurii cu luarea în considerare a ofertei asocierii.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care ..... SRL, în calitate de lider al asocierii ..... SRL –..... SRL, solicită Consiliului să analizeze dacă instituţia detășării, prevăzută în Codul Muncii, este compatibilă cu atribuirea şi execuţia unui contract de achiziţie publică.

Contestatoarea apreciază că sancţiunea dispusă de către autoritatea Contractantă este disproporţionată, având în vedere faptul că aceasta nu i-a solicitat clarificări suplimentare, ci a dispus măsura respingerii ofertei ca inacceptabilă fără clarificarea lor.

Arată că, la data de 12.09....., comisia de evaluarea a solicitat prin clarificări să se precizeze "care este calitatea ..... SRL în prezenta procedură", solicitare la care a răspuns arătând faptul că angajaţii menţionaţi în cadrul propunerii tehnice sunt angajaţi ai ..... SRL ca urmare a unei detaşări de la societatea ..... SRL.

Cu privire la acest răspuns, comisia de evaluare a reţinut faptul că acesta este irelevant şi a decis în unanimitate respingerea ofertei ca fiind inacceptabilă, invocând în acest sens dispoziţiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016. Totodată, comisia de evaluare a arătat că nu poate accepta acest răspuns, din cauza faptului că s-ar putea aduce atingere principiului tratamentului egal, prevăzut de dispoziţiile art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, însă fără a preciza în mod concret cum este încălcat acest principiu şi care ar fi prejudiciul suferit de către autoritatea contractantă şi de către ceilalţi participanţi la procedură.

Nu a prezentat motivele concrete pentru care a considerat că răspunsul la clarificarea privind calitatea angajaţilor menţionaţi în cadrul propunerii tehnice este unul irelevant și, de asemenea, nu a arătat în concret care dispoziţii legale au fost încălcate atunci când a indicat în cadrul propunerii tehnice angajaţi care au fost detaşaţi de la o altă societate.

Din punctul său de vedere, motivarea trebuie să evidenţieze în mod clar şi neechivoc raţionamentul autorităţii contractante, astfel încât, pe de o parte, să permită ofertanţilor să cunoască justificările măsurii adoptate pentru a putea să îşi apere drepturile şi să verifice dacă decizia este sau nu temeinică şi, pe de altă parte, să permită Consiliului sau instanţei de judecată să exercite controlul de legalitate.

Or, în prezenta cauză, nu poate critica sau formula apărări în mod complet în lipsa unor argumente indicate în cadrul actelor administrative atacate, precum Consiliul nu poate exercita în mod electiv un control de legalitate al actelor emise de către autoritatea contractantă.

Arată că, în situaţia în care autoritatea contractantă ar fi solicitat documente din care să rezulte că este posibilă asigurarea personalului necesar execuţiei, ar fi arătat faptul că pentru personalul menţionat în cadrul propunerii tehnice există decizii de detaşare.

Subliniază faptul că instituţia detaşării este prevăzută de dispoziţiile art. 45 din Codul Muncii şi este compatibilă cu legislaţia din materia achiziţiilor publice.

Menționează că în cadrul legislaţiei din materia achiziţiilor publice nu există nicio dispoziţie prin care să se interzică ofertanţilor posibilitatea detaşării personalului ce urmează a executa contractul de lucrări, motiv pentru care autoritatea contractantă nu avea posibilitatea excluderii din cadrul procedurii a ofertei contestatoarei.

În susținere invocă și prevederile art. 46 alin. (3) și art. 52 alin. (1) lit. d) din Codul Muncii, evidențiind că, pe perioada detașării, contractul individual de muncă al salariatului se suspendă din inițiativa angajatorului cedent, activitatea salariatului desfășurându-se în baza deciziei de detașare a angajatorului cedat.

Având în vedere aceste efecte ale detaşării, autoritatea contractantă ar fi trebuit să considere că persoanele menţionate în cadrul propunerii tehnice sunt angajate la contestatoare ca urmare a deciziilor de detaşare, neexistând niciun impediment pentru ca, în cazul în care contractul i-ar fi atribuit, să nu poată duce la bun sfârşit execuţia contractului de lucrări.

Totodată, subliniază faptul că, în cadrul documentaţiei de atribuire, nu au fost impuse cerinţe cu privire la un număr minim de angajaţi, precum nu a fost solicitat ofertanţilor indicarea unui personal cheie, cu o anumită pregătire şi experienţă profesională. În lipsa unor asemenea cerinţe ofertanţii au libertate deplină cu privire la modalitatea în care aceştia înţeleg să folosească forţa de muncă, putând decide numărul de angajaţi optim necesar finalizării lucrării, precum aceştia pot modifica numărul şi persoanele angajate pe parcursul execuţiei lucrărilor fără a fi necesar acordul autorităţii contractante.

Prin adresa nr. 7872/20.11....., înregistrată la Consiliu cu nr. 49772/21.11....., ... a transmis punctul de vedere față de contestaţia depusă, prin care solicită respingerea acesteia ca nefondată, arătând, referitor la faptul că nu a solicitat clarificări suplimentare de la ofertant, ci a dispus măsura respingerii ofertei ca inacceptabilă fără a clarifica cu totul aspectele arătate de către contestatoare, că afirmația este complet eronată, întrucât comisia de evaluare a solicitat clarificări ofertantului cu privire la aspectele contestate prin adresele nr. 5758/23.08..... și 71/12.09.....

Consideră că a întreprins toate demersurile pentru a putea clarifica situația privind personalul disponibil pentru îndeplinirea contractului.

Redă solicitarea de clarificări adresată contestatoarei în data de 12.09....., precum și răspunsul acesteia nr. 74/14.09.....

Comisia de evaluare a analizat răspunsul transmis și a considerat că nu poate accepta ca personalul să fie detaşat de la ..... SRL la ..... SRL, întrucât acest lucru poate influența executarea

contractului supus achiziţiei publice, iar cele două persoane juridice sunt entități distincte, cu personalitate juridică și răspundere individuală.

Mai mult decât atat, în niciunul dintre documentele ofertei depuse de către ofertantul ..... SRL, comisia de evaluare nu a regăsit că operatorul economic ..... SRL ar avea vreo calitate (calitate reglementată de legislaţia achiziţiilor publice) în procedura de achiziţie publică derulată.

Acceptarea în acest moment al procedurii de achiziţie a răspunsului ofertantului, din punctul de vedere al comisiei de evaluare, ar putea duce la încălcarea principiului tratamentului egal reglementat de prevederile art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Având in vedere răspunsul transmis, comisia de evaluare a considerat că acesta este neconcludent și a decis în unanimitate că oferta depusă de asocierea SC ..... SRL – SC ..... SRL, este inacceptabilă în conformitate cu art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016

Dosarul achiziţiei și documentele necesare soluţionării cauzei au fost transmise împreună cu punctul de vedere, fiind înregistrate la Consiliu sub nr. 51264/29.11.....

Prin adresa nr. 106/06.12....., înregistrată la Consiliu cu nr. 52115/06.12....., ... SRL, în calitate de lider al asocierii ..... SRL –..... SRL, depune concluzii scrise reiterând solicitările din cuprinsul contestației și prezentând argumente în combaterea aspectelor invocate de primărie în cuprinsul punctului de vedere.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reţine următoarele:

..... a iniţiat procedura simplificată, într-o singură etapă, organizată pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect Modernizarea rețelei de drumuri de interes local în ....., județul ....., cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ...../..... Din informaţiile anunțului de participare simplificat, Consiliul a reţinut că valoarea estimată a contractului ce urmează a se atribui este de 5.100.239,98 lei, data limită de depunere a ofertelor 05.05....., criteriul de atribuire aplicat fiind prețul cel mai scăzut.

Nemulţumită de rezultatul procedurii comunicat cu adresa nr. 7532/02.11....., ... SRL, în calitate de lider al asocierii ..... SRL –..... SRL, a înaintat contestaţia de faţă solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Trecând la soluționarea cauzei, Consiliul constată că oferta asocierii ..... SRL – ..... SRL a fost respinsă ca inacceptabilă, deoarece comisia de evaluare a analizat răspunsul la solicitarea sa de clarificări și a considerat că nu poate accepta ca personalul să fie

deteșat de la ..... SRL la ..... SRL, întrucât acest lucru poate influența executarea contractului, cele două persoane juridice fiind entități distincte, cu personalitate juridică și răspundere individuală. Mai mult decât atât, în niciunul dintre documentele ofertei, comisia de evaluare nu a regăsit că operatorul economic ..... SRL ar avea vreo calitate, reglementată de legislația achizițiilor publice. Răspunsul la clarificări a fost considerat neconcludent și oferta respinsă.

Se reține că, urmare solicitării autorității contractante, prin adresa nr. 066/25.08....., ... SRL, liderul asocierii, a explicat că angajații menționați în REVISAL sunt ai ..... SRL, cele două societăți aparțin aceleiași familii, sunt aceiași asociați cu interese comune și responsabilități identice. Pentru prezenta lucrare se va folosi personal detașat de la ..... SRL. A fost atașat extras REVISAL cu personalul propus.

Prin adresa nr. 71/12.09....., comisia de evaluare a solicitat asocierii să precizeze care este calitatea ..... SRL în procedură, având în vedere că, din extrasul REVISAL atașat, cât și din modalitatea de fundamentare a consumurilor privind transporturile pentru utilajele folosite (autobasculantă, autobetonieră) în conformitate cu formularul ....., comisia a constatat că personalul folosit va fi de la ..... SRL.

Cu adresa nr. 074/14.09....., ... SRL a răspuns că personalul, astfel cum se regăsește în propunerea tehnică, va fi detașat de la ..... SRL, în baza acordului de detașare între ..... SRL și ..... SRL nr. 1095/A/21.01.2015, atașat. Întrucât lucrarea se va executa cu personal detașat, a solicitat să se constate că, în procedură, ... SRL nu are nicio calitate. Ca natură juridică, detașarea reprezintă o cesiune temporară și parțială a contractului individual de muncă între doi angajatori, întemeindu-se pe existența unei relații de colaborare și a unei convenții. Detașarea este obligatorie, salariatul neputând refuza executarea detașării, în caz contrar fiind susceptibil a răspunde disciplinar, inclusiv cu desfacerea disciplinară a contractului de muncă. Justificarea detașării este în interesului serviciului. Normele legale în vigoare nu impun existența unui acord între cei doi operatori economici cu privire la detașare. Procedura impune doar o decizie de detașare din partea angajatorului, iar aceasta trebuie operată în REVISAL.

În acordul de detașare personal nr. 1095/A din 21.01.2015, la obiectul contractului, s-a menționat că *părțile înțeleg, cu respectarea legislației în vigoare, să detașeze personal de la o societate la cealaltă și invers ori de câte ori este necesar,* valabilitatea contractului: *părțile înțeleg să încheie acordul pe perioadă nedeterminată.*

Relevanță în soluționarea cauzei prezintă următoarele dispoziții legale din Codul muncii:

*- art. 34 alin. (1) Fiecare angajator are obligaţia de a înfiinţa un registru general de evidenţă a salariaţilor. (...) (3) Registrul general de evidenţă a salariaţilor se completează şi se transmite inspectoratului teritorial de muncă în ordinea angajării şi cuprinde elementele de identificare ale tuturor salariaţilor, data angajării, funcţia/ocupaţia conform specificaţiei Clasificării ocupaţiilor din România sau altor acte normative, tipul contractului individual de muncă, salariul, sporurile şi cuantumul acestora, perioada şi cauzele de suspendare a contractului individual de muncă, **perioada detaşării** şi data încetării contractului individual de muncă;*

*- art. 42 alin. (1) Locul muncii poate fi modificat unilateral de către angajator prin delegarea sau **detaşarea** salariatului într-un alt loc de muncă decât cel prevăzut în contractul individual de muncă. (2) Pe durata delegării, respectiv a detaşării, salariatul îşi păstrează funcţia şi toate celelalte drepturi prevăzute în contractul individual de muncă. (...);*

*- art. 45 Detaşarea este actul prin care se dispune schimbarea **temporară** a locului de muncă, din dispoziţia angajatorului, la un alt angajator, în scopul executării unor lucrări în interesul acestuia. În mod excepţional, prin detaşare se poate modifica şi felul muncii, dar numai cu consimţământul scris al salariatului.*

*- art. 46 alin. (1) **Detaşarea poate fi dispusă pe o perioadă de cel mult un an.** (2) În mod excepţional, perioada detaşării poate fi prelungită pentru motive obiective ce impun prezenţa salariatului la angajatorul la care s-a dispus detaşarea, cu acordul ambelor părţi, din 6 în 6 luni. (3) Salariatul poate refuza detaşarea dispusă de angajatorul său numai în mod excepţional şi pentru motive personale temeinice. (4) Salariatul detaşat are dreptul la plata cheltuielilor de transport şi cazare, precum şi la o indemnizaţie de detaşare, în condiţiile prevăzute de lege sau de contractul colectiv de muncă aplicabil.*

- art. 47 alin. (1) Drepturile cuvenite salariatului detaşat se acordă de angajatorul la care s-a dispus detaşarea. (2) Pe durata detaşării salariatul beneficiază de drepturile care îi sunt mai favorabile, fie de drepturile de la angajatorul care a dispus detaşarea, fie de drepturile de la angajatorul la care este detaşat. (3) Angajatorul care detaşează are obligaţia de a lua toate măsurile necesare pentru ca angajatorul la care s-a dispus detaşarea să îşi îndeplinească integral şi la timp toate obligaţiile faţă de salariatul detaşat. (4) Dacă angajatorul la care s-a dispus detaşarea nu îşi îndeplineşte integral şi la timp toate obligaţiile faţă de salariatul detaşat, acestea vor fi îndeplinite de angajatorul care a dispus detaşarea. (5) În cazul în care există divergenţă între cei doi angajatori sau niciunul dintre ei nu îşi îndeplineşte obligaţiile potrivit prevederilor alin. (1) şi (2), salariatul detaşat are dreptul de a reveni la locul său de muncă de la angajatorul care l-a detaşat, de a se îndrepta împotriva oricăruia dintre cei doi angajatori şi de a cere executarea silită a obligaţiilor neîndeplinite.

- art. 52 alin. (1) Contractul individual de muncă poate fi suspendat din iniţiativa angajatorului în următoarele situaţii: d) pe durata detaşării.

Raportat la cele de mai sus și la documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată că, pentru procedura desfășurată, în calitate de asociat, a participat ..... SRL.

Din extrasul REVISAL depus, rezultă că angajații pentru executarea lucrărilor aparțin ..... SRL, care, potrivit declarațiilor ..... SRL, vor fi detașați la această din urmă societate pentru îndeplinirea contractului.

Atașat contestației, au fost depuse de contestatoare deciziile de detașare nr. 13/10.04..... și 14/10.04....., pentru angajații în funcțiile de mecanic utilaj și șofer autocamion/mașină de mare tonaj, pe o perioadă nedeterminată, deși conform prevederilor legale detașarea nu poate interveni decât pe o perioadă de cel mult un an, cu posibilitatea de prelungire potrivit art. 46 alin. (2) din Codul muncii.

Având în vedere că de personalul detașat va beneficia ..... SRL, ... SRL fiind doar societatea la care este angajat personalul necesar, în mod incorect, autoritatea contractantă a considerat că ..... SRL trebuie să aibă vreo calitate, reglementată de legislația achizițiilor publice, în cadrul procedurii.

Pe de altă parte, întrucât achizitoarea trebuie să verifice fundamentarea economică a prețului, inclusiv sub aspectul personalului, cu respectarea art. 134 alin. (1) și art. 136 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, aceasta avea obligația să solicite asocierii să identifice personalul care va fi detașat sau care este deja detașat la ..... SRL, cu menționarea perioadei detașării, prin obținerea deciziilor de detașare, respectiv a unui angajament expres din partea ..... SRL pentru personalul care nu a fost deja detașat. De asemenea, ținând seama de faptul că, potrivit art. 46 alin. (4) din Codul muncii Salariatul detaşat are dreptul la plata cheltuielilor de transport şi cazare, precum şi la o indemnizaţie de detaşare, în condiţiile prevăzute de lege sau de contractul colectiv de muncă aplicabil, achizitoarea trebuia să ceară ofertantei clarificări suplimentare sub aspectul includerii în ofertă a cheltuielilor pentru personalul detașat, cu identificarea în mod clar a acestora.

Totodată, se reține că, în conformitate cu art. 46 alin. *(3)* din Codul muncii *Salariatul poate refuza detaşarea dispusă de angajatorul său numai în mod excepţional şi pentru motive personale temeinice,* astfel că urma a fi solicitată și prezentarea declarațiilor de disponibilitate ale personalului implicat prin detașare, având în vedere că, în mod excepțional și pentru motive personale temeinice, detașarea poate fi refuzată. Chiar dacă nu a fost cerut în fișa de date a achiziției ca ofertantul să dețină un anumit personal, câtă vreme a fost prevăzut în lista de resurse, acesta trebuie justificat.

În contextul celor prezentate, se reține că autoritatea contractantă nu a efectuat o evaluare completă, sub toate aspectele ce trebuiau clarificate cu asocierea ofertantă, mărginindu-se la a constata că personalul necesar aparține ..... SRL, și nu ..... SRL, astfel că ..... SRL ar fi trebuit să aibă o anumită calitate în cadrul contractului.

Or, cum s-a arătat mai sus, câtă vreme ..... SRL va beneficia de personal detașat, răspunderea în cadrul contractului va fi a acestei societăți, cu atât mai mult cu cât contractul individual de muncă poate fi suspendat de angajator pe perioada detașării (art. 52 alin. 1 lit. d din Codul muncii).

Numai în urma obținerii tuturor documentelor și informațiilor necesare evaluării ofertei, comisia de evaluare putea stabili admisibilitatea/inadmisibilitatea ofertei asocierii ..... SRL – ..... SRL, astfel că se impune o reevaluare a ofertei.

Pentru aceste motive,
în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația ..... SRL, în contradictoriu cu ....., și anulează procesul-verbal de evaluare nr. 7519/ 02.11....., în partea ce privește oferta asocierii ..... SRL – ..... SRL, și comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 7523/ 02.11..... Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii amintite, cu respectarea celor din motivare și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, în termen de 15 zile de la primirea prezentei. Rezultatul evaluării va fi comunicat asocierii în termenul legal.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**